

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les contrats télématiques face au droit communautaire - Deuxième partie

Poullet, Yves

Published in:

Cahiers Lamy du Droit de l'Informatique

Publication date:

1988

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1988, 'Les contrats télématiques face au droit communautaire - Deuxième partie', *Cahiers Lamy du Droit de l'Informatique*, Numéro 19, p. 7-25.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les contrats télématiques face au droit communautaire

(Deuxième partie)

Titre II : Les contrats télématiques au regard du droit communautaire

34. — Notre propos n'est pas l'étude des clauses présentes dans les contrats mais bien l'analyse du point de vue du droit communautaire vis-à-vis de ce que nous avons appelé les contrats télématiques. Nos réflexions sont de divers ordres.

Les premières portent sur le rôle de l'État : l'État peut soit en tant qu'acteur (A), soit en tant que subsidiant de certaines activités de services de télécommunication (B) limiter ou fausser la concurrence. La réglementation étatique des services peut affecter la libre prestation des services ou induire des comportements anticoncurrentiels (C).

Les deuxièmes envisagent les accords entre opérateurs, soit au sein d'un secteur (A) d'« associations » ou d'ententes pour la mise sur pied d'un service commun (B), soit pour régler la distribution des produits télématiques (C).

Les troisièmes concernent, enfin, la relation avec l'utilisateur professionnel ou privé. Trois questions sont étudiées : le problème des « offres liées » équipement-service (A) ; les restrictions d'utilisation imposées par certains producteurs (B) ; l'applicabilité de la directive européenne relative à la responsabilité du fait des produits (C).

I. — Le rôle de l'État

A. — L'État « acteur »

35. — L'État, dans le cadre de l'activité d'administrations ou d'entreprises publiques (1), a été et

(1) « On distingue clairement "l'activité régulatrice de l'État et son activité d'entreprise". On sera en présence d'entreprise lorsqu'il y a offre d'un bien ou d'un service. » (G. Marengo, *Les États membres et le droit de la concurrence*, Cah. Dr. Eur., 1986, 300 et s.). Cette affirmation doctrinale rejoint la proposition du Livre Vert (*« Projet vers une dynamique : Livre Vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunication »*, Communication de la Commission au Conseil, Bruxelles, 26 mai 1987) qui réclame la séparation des activités de réglementation et d'exploitation des réseaux, la réglementation devant être le fait d'un organisme indépendant de celui exploitant le réseau. Ce principe défendu par la Commission reçoit déjà application dans le domaine des terminaux de télécommunication par l'article 6 de la directive du 16 mai 1988 (J.O.C.E.E. n° L 131/73) : « les États membres assurent qu'à partir du 1^{er} juillet 1989 la formalisation des spécifications mentionnées à l'article 5 et le contrôle de leur application ainsi que l'agrément sont effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications ».

reste le promoteur direct (2) d'activités économiques concernant nombre de produits ou services de télécommunication (3) ; ainsi des bases de données informationnelles, des services de messagerie et des services informationnels ont été mis en place dans nos pays par l'État lui-même. La mise sur pied de tels produits ou services peut s'accompagner de l'octroi d'un monopole.

a) Le monopole accordé à certaines bases de données

36. — En ce qui concerne les bases de données ou les « produits informationnels », l'article 37 trouve à s'appliquer. L'article 37 prévoit, en effet, un régime spécial pour les « monopoles nationaux présentant un caractère commercial ». Cet article s'applique à l'octroi de monopoles nationaux (4) confiés à des entreprises contrôlées *de jure* ou *de facto* par l'État, pour la constitution ou la commercialisation d'informations collectées sur les administrations.

L'article prévoit un aménagement progressif des monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle sorte qu'à la fin de la période de transition, toute discrimination entre les États membres dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés soit éliminée.

L'article 37, § 2 édicte en outre une obligation de « standstill » à charge des États membres, c'est-à-dire une interdiction de créer de nouveaux monopoles tendant à introduire de nouvelles discriminations dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés.

(2) La législation l'y encourage parfois. Sur le rôle des législations « Privacy » ou « Freedom of Information » comme moteur d'un développement par l'État de bases de données ou de services de courrier électronique, lire M. Burkert, *Selling Public Sector Informations, Some Legal Hazards, Paper presented at the Euripa Conference*, Luxembourg, 25 mars 1987.

(3) Ainsi, dans la plupart de nos pays européens, le service de transports de données par commutation par paquets ressort du monopole étatique. Certains États peuvent se réserver le monopole de la production de bases de données juridiques et de leur mise à disposition ou accorder la concession exclusive de la commercialisation de banques de données (ainsi, les registres T.V.A., l'annuaire des abonnés au téléphone) à un partenaire privé.

(4) B. Amory, *Monopoles de télécommunications et droit européen*, Rapport aux premières journées internationales d'Études de la Mission à la Réglementation, Paris, 16 et 17 mars 1987, 15 et s.

De telles considérations ne visent pas à interdire la commercialisation par l'État de certaines informations collectées par lui dans le cadre de ses fonctions légales mais visent à prévenir toute décision par laquelle l'État interdirait la commercialisation par des tiers de produits informationnels concurrents, au seul motif qu'elles contiendraient des informations réservées au monopole de l'État. Ainsi, l'État doit permettre que des entreprises développent des produits informationnels à valeur ajoutée à partir des mêmes informations que celles collectées par l'État.

37. — Un avant-projet de lignes directrices (5), actuellement discuté à la Commission, établit les principes d'une « synergie entre secteur public et secteur privé sur le marché de l'information » qui rejoignent les conclusions reprises ci-dessus. Ainsi, notamment, « le secteur public fera connaître au secteur privé les conditions de mise à disposition des données et informations de base et clarifiera les procédures permettant de les obtenir, de les utiliser et de les rediffuser. « Les conventions et accords de tous types conclus avec les fournisseurs privés de services d'information ne devraient pas accorder de droits exclusifs s'ils devaient fausser la concurrence. »

b) Le monopole sur certains services de télécommunication

38. — L'État peut également se réserver le monopole non de produits mais de services de télécommunication. Ainsi, on peut concevoir que des services tels que le M.D.N.S. (6) soient réservés. Ce service comporte des fonctions de gestion du réseau (supervision, détection et localisation des défauts, contrôle de la configuration du réseau, comptabilité et facturation) et introduit le concept du « one stop shopping ». Il permet des services de messagerie électronique du type X 400, la conversion de protocoles et le transfert de fichiers.

L'inexistence pour les services de toute disposition similaire à celle de l'article 37 conduit à admettre l'existence de monopole étatique en matière de services de télécommunication.

(5) Avant-projet de lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et secteur privé sur le marché de l'information, remis aux participants du séminaire du 28 septembre 1988, organisé par la D.G. XIII à Luxembourg.

(6) On note que vingt-deux administrations de télécommunications membres de la C.E.P.T. ont créé la société M.D.N.S., chargée de gérer ce service paneuropéen et que ces mêmes administrations, dans le cadre d'un accord avec une société privée américaine, ont créé la société Infonet en vue d'offrir des services à valeur ajoutée, en particulier vers les États-Unis, aux entreprises européennes.

Dans un récent article (7), M. Amory rappelait toutefois qu'il serait possible en cette matière de déduire de l'article 90, § 1 du Traité d'importantes limites : « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus. »

Le paragraphe 3 de ce même article donne à la Commission le pouvoir d'adresser des directives ou des décisions appropriées aux États membres, afin qu'ils respectent les prescriptions de l'article 90. En se référant aux règles du Traité en général, l'article 90 vise notamment le principe de l'abolition progressive des restrictions à la libre prestation de service contenue dans l'article 59. Dès lors, cette disposition pourrait être invoquée par la Commission, au cas où un État membre adopterait des mesures de nature à étendre un monopole sur les services de télécommunications (8).

L'article 90, § 2 soumet, en outre, les entreprises qui seraient ainsi chargées de la gestion de ces services d'intérêt économique général et présentant le caractère d'un monopole, aux règles de la concurrence « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». En conséquence, s'il apparaît légitime à un État membre de créer une centrale publique vidéotex pour la mise à disposition de l'ensemble du public des services vidéotex, il ne peut cependant, par exemple, pratiquer une politique tarifaire qui viserait à rendre antiéconomique le développement de tout autre service concurrent, par exemple la création de services vidéotex privés indépendants (9).

(7) B. Amory, art. cité p. 17. Dans une matière voisine, c'est-à-dire en matière de terminaux des télécommunications, c'est sur la base précisément de l'article 90, § 3 que la Commission a émis la directive visée à la note (1) *supra*. Ce fondement de l'action de la Commission est contestée par certains États membres, en particulier la France. Sur cette directive et son fondement, E. Morgan de Rivery, *Les restrictions à l'installation et à la vente d'équipements de télécommunications au regard du droit communautaire de la concurrence et de la libre prestation des biens, Droit de l'Informatique et des télécommunications*, 1988, n° 3.

(8) Dans un domaine voisin, la Commission (pour l'Allemagne, *Bull. C.E.*, 1, 1985, 1, 1, 10, pour la France, *Bull. C.E.*, 12, 1985, 2, 1, 1979) est intervenue pour combattre l'extension du monopole postal en France et en R.F.A. qui visait à limiter l'action des sociétés de courriers internationaux. Les administrations des postes et télécommunications ont été considérées comme des entreprises commerciales (cf. déjà à ce propos, l'arrêt *British Telecom*, C.J.C.E., 20 mars 1985) et la dérogation prévue à l'article 90, § 2 relative aux nécessités de la mission de service public n'a pas été considérée comme applicable.

(9) ... même raisonnement pour des services M.D.N.S.

On ajoute que les États ne pourront octroyer aux entreprises de télécommunications des droits exclusifs en vue d'un objectif d'intérêt général, sans craindre les interdictions de l'article 86 que dans la mesure où ces États démontrent que les dites interdictions de l'article 86 seraient incompatibles avec l'exercice de leur mission de service public. A cet égard, il est certain qu'une simple menace de pertes substantielles n'est pas un argument suffisant, sauf à démontrer que les effets de l'activité des concurrents sur les résultats de l'activité de l'entreprise publique ou concessionnaire sont tels que l'accomplissement des missions de service public est mis en péril.

B. — L'État « providence »

39. — L'exemple des services télématiques d'information est particulièrement intéressant pour illustrer notre propos sur les limites qu'impose le droit communautaire à l'action de l'État providence. Le souci de développer une industrie nationale de l'information, notamment pour des raisons d'indépendance culturelle (10), a amené des pays européens à soutenir massivement certaines entreprises soit serveurs soit producteurs de bases de données. Ainsi, par des programmes nationaux d'ampleur, l'Allemagne a encouragé, voire créé, ~~des entreprises productrices de bases de données~~ ; la France a créé le serveur « Télésystèmes - Questel » (11) et regroupé l'ensemble des producteurs de banques de données juridiques autour de Juridial.

40. — Si, en l'espèce, ces programmes d'investissement n'ont pas toujours donné lieu au succès attendu, la légitimité de telles aides sectorielles nationales ou communautaires est discutable du point de vue du droit communautaire. L'article 92 affirme le principe selon lequel « sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État (...) qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

(10) Sur l'« Information Policy » développée en R.F.A., lire B. Durieux, *The Information Market in Europa - Debate and Trends*, thèse, Namur, 1987, à paraître. L'auteur se réfère aux données publiées par le Federal Minister for Research and Technology, allemand.

(11) B. Durieux, *op. loc.* se référant aux données présentées par le G.F.F.I.L.

A notre connaissance, à l'heure actuelle, aucune action n'a été entamée sur la base de l'article 92 contre des aides étatiques ou communautaires intervenues dans le secteur des services télématiques. On pourrait songer que certaines pratiques, ainsi la priorité accordée par certains serveurs à des producteurs nationaux ou les distorsions de tarifs entre entreprises subsidiées et celles étrangères non subsidiées, amènent certains États de la Communauté, voire la Commission (12), à entamer la procédure prévue à l'article 93. Pour ne reprendre que l'exemple des services télématiques informationnels, il ne serait pas difficile, étant donné le caractère bien souvent transnational de la consultation des bases de données professionnelles, de démontrer, d'une part, l'affectation de l'échange entre États membres et, d'autre part, la difficulté pour les groupements non subsidiés d'offrir de façon concurrentielle certains services (13).

C. — L'État « gendarme »

41. — L'État peut réglementer le contenu ou l'offre de services télématiques. On note que cette réglementation existe en particulier pour les services vidéotex « grand public ». Dans ce domaine, il s'agira, à la fois, de prescrire des règles relatives à l'identification et au contenu de certains messages publicitaires, de définir des méthodes de tarification et la transparence de celle-ci pour l'utilisateur, enfin, de réglementer la collecte des données créées par l'utilisateur des services (14).

(12) Seuls, des États membres ou la Commission, à l'exclusion des entreprises privées concurrentes, peuvent mettre en cause le régime d'aides d'un autre État. Sur les articles 92 et 93, lire J.-V. Louis, D. Vignes, M. Waelbroeck, *Le droit de la C.E.E.*, vol. 4, Concurrence, U.L.B., 1972, 2^e éd., p. 379 et s.

(13) ... par exemple, une banque de données juridiques non subsidiées devant offrir des services en concurrence avec une banque promue par le financement étatique. A noter cependant que la pression concurrentielle d'entreprises extérieures à la Communauté a permis de valider des aides au développement des technologies de l'information (*Bull. C.E.*, 5, 1985, 2, 1, 34).

(14) Sur ces diverses réglementations européennes, C. Monville - Y. Pouillet, *La demande finale en télématique - Aspects juridiques*. Rapport présenté à la Commission des Communautés européennes dans le cadre du programme Fast, *La doc. fr.*, 1988 ; France : Décision de la C.N.C.L. du 4 février 1988 relative au téléachat et circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication applicable à certains services de communication audiovisuelle ; Italie : Decreto ministeriale du 17 mai 1985 créant l'Istituzione de servizio pubblico « Videotel » ; Allemagne : Bildschirmtext-Staatvertrag du 18 mars 1983 ; Pays-Bas : Viditelcode inzake reclame en interactief gebruik, 1^{er} janvier 1984.

Ces réglementations s'inspirent d'un souci évident des États, notamment, de protéger les utilisateurs-consommateurs, de prévenir des atteintes à leur vie privée, de promouvoir au maximum la diversité des opinions et d'interdire des comportements commerciaux malhonnêtes.

42. — Si l'intention est louable, il faut reconnaître que les conditions qui gouvernent la fourniture et l'utilisation de ces services ainsi que la nature juridique de la réglementation prescrivant ces conditions, diffèrent d'un État à l'autre. Ainsi, en Allemagne, une réglementation directe ayant pour objet le service vidéotex « Bildschirmtext » détermine avec précision les droits et obligations des parties, en particulier sur le plan de la confidentialité des données. En France, la loi du 30 septembre 1986 prévoit une déclaration préalable des services et leur impose quelques obligations relatives à la transparence des coûts, à l'identification des producteurs, à la présentation des messages publicitaires et au respect de certains prescrits du droit de la presse. Quant aux utilisateurs britanniques ou hollandais, ils sont protégés par un code de déontologie que les fournisseurs de services sont contraints de respecter.

Au plan européen, une telle diversité réglementaire de sources juridiques et de leur contenu quant aux conditions de fourniture et d'utilisation des services constitue une difficulté majeure pour les entreprises qui désireraient offrir des services vidéotex dans plusieurs pays de la Communauté et pour les consommateurs de tels services. Pour ces derniers, lorsqu'un consommateur a accès à un service étranger, la protection qui lui est octroyée par ce pays ne correspond pas toujours aux exigences « consuméristes » accordées dans son pays d'origine ; de plus, ce consommateur peut difficilement connaître les conditions qui entourent la fourniture de tels services à l'étranger. Du point de vue cette fois des fournisseurs de service, les conditions d'accès à la profession et les obligations qui leur sont imposées diffèrent d'un État à l'autre et entraînent des distorsions de concurrence contraires aux principes du Traité de Rome.

Si le fait est patent en matière de services vidéotex grand public, on peut imaginer l'existence pour d'autres services de réglementations nationales créant des différences de régime juridique. Ainsi, l'offre de services électroniques financiers grand public est réglementée au Danemark (15) mais non dans les autres pays.

(15) Il s'agit du Payment Cards Act danois (Act n° 284, 6 juin 1984) qui permet au Consumers'Ombudsman de prendre certaines mesures à l'endroit des serveurs de transfert électroniques de données.

43. — Deux principes de la jurisprudence communautaire limitent l'effet de telles réglementations vis-à-vis de serveurs qui désireraient opérer d'un pays où une réglementation soit est inexistante, soit diffère (16) :

— le premier concerne les restrictions à la libre prestation de services qu'entraînent les réglementations (art. 59 et s.) ;

— le second analyse les effets anticoncurrentiels de certaines réglementations sur le comportement des entreprises (art. 85 et 86).

a) Les restrictions à la libre prestation des services

44. — Dans un premier temps, certes, la Cour de justice a considéré que seules, les discriminations en raison de la nationalité étaient interdites. Elle se fondait pour ce faire sur l'article 60, § 3 (17) qui autorise l'exercice de l'activité du prestataire de service dans le pays où la prestation est fournie « dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants ». En conséquence, seuls certaines dispositions quant à l'obligation de s'établir dans le pays du destinataire (18) auraient pu être jugées contraires au principe de la libre prestation des services.

Progressivement, et sans doute sous l'influence de principes parallèles déjà consacrés en matière de marchandises (19), la jurisprudence de la Cour a évolué. Par les arrêts *Debauve* et *Van Wesemael*, elle dégage progressivement le principe que l'autorisation de l'État de limiter la libre prestation de services en provenance d'entreprises situées à l'étranger est, elle aussi, limitée. Pour reprendre la formule de la Cour (20) « la libre prestation des services en tant que principe fondamental du Traité de Rome, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire dudit État, dans la mesure

(16) Nous nous fondons principalement sur les conclusions du juge Everling. Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres États membres, *Cah. Dr. Eur.*, 1984, p. 3 et s.

(17) ... et, accessoirement sur l'article relatif à la liberté d'établissement.

(18) Ainsi, la disposition du Bildschirmtextvertrag allemand de 1983, réglementant l'offre de services vidéotex prescrit que les serveurs étrangers doivent nécessairement disposer d'une succursale en Allemagne.

(19) Il s'agit en matière de marchandises du principe de l'équivalence dégagé à partir de l'arrêt « *Cassis de Dijon* » et résumé in P. Verloren Van Themaat, *La libre circulation des marchandises après l'arrêt « Cassis de Dijon »*, *Cah. Dr. Eur.*, 1982, 123.

(20) Cf. sur tous ces points U. Everling, *op. cit.*, p. 10 et 11.

où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi » (21).

Le juge Everling explicite comme suit ce principe de la Cour : « Les États membres doivent donc accepter de voir leur législation nationale appréciée à la lumière des principes du traité et ils doivent, le cas échéant, également admettre l'activité, sur leur territoire, de prestataires qui sont soumis à des exigences moindres que celles qui sont imposées aux personnes et aux entreprises établies sur leur territoire. Cela se justifie cependant par la considération que la pleine application des réglementations, imposées dans un État membre aux personnes et aux entreprises qui y sont établies, aux prestataires qui n'y exercent une activité qu'à titre temporaire, n'est souvent pas objectivement nécessaire et serait disproportionnée, parce que les réglementations sont essentiellement adaptées aux personnes et aux entreprises exerçant une activité à titre permanent. Toutefois, si l'application de la réglementation de l'État où le service est rendu, est justifiée par l'intérêt général, défini par la Cour selon la situation spécifique de l'espèce, le prestataire peut être soumis aux conditions applicables aux activités exercées dans cet État. Il convient, cependant, de prendre en considération que les prestataires sont également soumis aux réglementations et aux contrôles de l'État membre dans lequel ils sont établis, ce qui protège souvent, d'une manière suffisante, les intérêts de l'État où la prestation est fournie. Cet aspect, précisément, a toujours été particulièrement mis en évidence par la Cour (22).

(21) C.J.C.E., 17 décembre 1981, *Webb*, Aff. 279/80, *Rec.* 1981, 3305. Aux termes des articles 55, 56 et 66, les chapitres sur les services et le droit d'établissement ne préjugent pas l'applicabilité d'un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiée par la participation à l'exercice de l'autorité publique ou par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Selon la Cour de justice (C.J.C.E. 8 avril 1976, *R.C.J.C.E.*, 1976, 497), cette réserve doit être comprise non comme une condition préalable posée à l'acquisition du droit de fournir un service ou de s'établir, mais « comme ouvrant la possibilité d'apporter, dans des cas individuels et en présence d'une justification appropriée, des restrictions à l'exercice d'un droit directement dérivé du Traité ». Dans son article déjà cité : « *Les flux transfrontières de données au regard du droit européen* », M. Vivant fait référence également aux articles 66 et 56 qui permettent des restrictions à la libre prestation de services « justifiée par des raisons d'ordre public, de nécessité publique et de santé publique ».

(22) U. Everling, art. cité, p. 11.

45. — L'arrêt *Debauve* en matière de télédistribution (23), déjà cité, contient une application de l'exception d'intérêt général au principe de la libre prestation de service : « l'interdiction, a fortiori la réglementation de la diffusion de messages publicitaires sur un territoire national, peut être justifiée par des considérations d'intérêt général » (24). Ainsi, c'est à la Cour d'apprécier si les conditions imposées par un État à l'offre de services télématiques sont justifiées par des raisons d'intérêt général, telles que ces raisons ne soient pas déjà couvertes pour l'essentiel par les dispositions du lieu de situation du serveur (25).

Les réflexions proposées ci-dessus n'interdisent pas à un État de soumettre indistinctement les étrangers et les nationaux à des restrictions fondées sur l'intérêt général. En matière de services de télécommunication, des restrictions pourraient se justifier, par exemple dans le domaine de dispositions destinées à assurer l'authentification des messages, la protection des données et du secret des affaires, la lutte contre la fraude électronique, etc.

b) Les effets anticoncurrentiels de la réglementation

46. — La réglementation étatique peut avoir pour effet de favoriser des comportements anticoncurrentiels des entreprises. La tentation du législateur peut être grande dans un secteur aussi neuf et

(23) Sur cet arrêt et la discussion du principe, livre Vert, *op. cit.*, p. 147 et s. Le Livre vert fait état d'autres principes applicables en matière de média. Ainsi, le principe constitutionnel rappelé par le Bundesverfassungsgericht dans son jugement du 16 juin 1981, et affirmant la nécessité d'un pluralisme d'opinion dans l'offre de programmes nationaux. (...) Sur l'application du principe en matière de communication audiovisuelle, Rép. de la Commission publiée in *J.O.C.E.* 1^{er} avril 1985, n° C 83/5 citée par M. Vivant.

(24) « Tant que le rapprochement des législations n'aura pas progressé, il est nécessaire de mettre en balance, d'une part, l'intérêt communautaire à la mise en œuvre des libertés prévues par le traité, qui sont le noyau de la Communauté, et, d'autre part, l'intérêt des États à l'existence de règles visant à sauvegarder surtout l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique pour lesquels ils portent la responsabilité en vue de protéger leurs citoyens. » (U. Everling, article cité, p. 14.) L'application du principe aux réglementations « Vidéotex grand public » serait utile : ainsi, peut-on considérer que l'exigence mise en France d'avoir une équipe rédactionnelle indépendante dans les entreprises offrant les services informationnels est satisfaite en Allemagne où le tribunal constitutionnel se contente d'affirmer l'applicabilité du principe de la liberté d'expression ?

(25) Pour d'autres réflexions à cet égard, C. Engel, *Constitutional and International Guarantee of Freedom of Speech. The Law and Economics of Transborder Telecommunications*, Symposium Malente, 2-4 mars 1986. Pour la notion d'équivalence en matière de législation de protection des données, M. G. Epperson, *Contracts for Transnational Information Services Securing Equivalency of Data Protection*, 22 *Harv. Int. Law. Journ.*, 1981, 151-175.

aussi évolutif que la télématique de déléguer, dans un premier temps du moins, le pouvoir d'édicter des normes à une association professionnelle et de permettre ainsi au secteur, par une autoréglementation, de fixer les règles du jeu. Il est singulier de constater que la réglementation des fournisseurs de service dans l'expérience Prestel anglaise est leur propre fait (26).

Ainsi, dans un autre domaine, la législation néerlandaise sur la protection des données permet, sous contrôle d'une autorité étatique, l'élaboration par des secteurs de normes spécifiques (27). Des pouvoirs peuvent ainsi être reconnus à une association d'Information Providers, notamment pour édicter des « Codes of Practice » en certaines matières, par exemple en matière de confidentialité des données créées par l'utilisation des services télématiques informationnels (28). Par exemple, pour assurer la protection des consommateurs recourant à des services de téléachat, un groupement de vente par correspondance recevrait le pouvoir d'émettre des recommandations aux entreprises pratiquant de tels services (29).

47. — En ces matières où la technologie évolue tous les jours, de telles techniques de « soft law » ne sont pas nécessairement à écarter (30). Deux décisions récentes de la Cour de justice des Communautés, l'arrêt *Fedetab* (31) et celui *Cognac* (32) attirent cependant l'attention sur les dangers que peut présenter la délégation de pouvoirs à des groupements professionnels.

En effet, même si les accords pris au sein de ces groupements n'avaient pas d'effets obligatoires mais se présentaient comme de simples recommandations, il est clair que le poids de décisions prises par une fédération peut entraîner des effets analogues à ceux de comportements interdits aux

entreprises. La Cour a, dès lors, affirmé « l'illégalité d'une mesure étatique tendant de légitimer une violation des règles de la concurrence de la part des entreprises » (33).

II. — Les comportements des opérateurs

48. — L'introduction distinguait trois types de comportement, dont l'objet ou les effets pouvaient être anticoncurrentiels : il s'agissait, premièrement, des accords pris au sein d'un secteur ; deuxièmement, des accords horizontaux entre opérateurs situés à un même niveau de la mise sur pied ou de la réalisation d'un service télématique ; il s'agissait, enfin, des accords verticaux de distribution conclus par des producteurs déterminés pour la diffusion de leurs services.

A. — Les accords pris au sein d'un secteur

49. — Les caractéristiques de l'opération télématique justifient l'existence de nombreux accords sectoriels. Deux raisons nous semblent devoir être évoquées. La première est le besoin de définir ensemble une normalisation administrative ; la seconde, la nécessité de trouver dans un secteur professionnel des réponses communes aux risques liés au développement d'une nouvelle technologie et des services qu'elle permet.

50. — Ainsi, parmi les nombreux accords sectoriels, on cite notamment :

— en matière de services de courrier électronique, les projets *Odette*, *Dish*, *Édifice*, *Cefic*, développés par des entreprises de divers secteurs (34) ;

— en matière de services télématiques financiers, les projets *Seadocs* (35) qui visent à créer des standards permettant le transfert de documents commerciaux entre banques et entreprises ;

(26) Il s'agit du code VIA [référence citée *supra*].

(27) L'article 15 de la loi hollandaise du 17 septembre 1987 prévoit que des codes de conduite arrêtés par les organisations en matière de protection des données peuvent être enregistrés après contrôle de l'organe de protection des données créé dans le cadre de la loi.

(28) A cet égard, l'exemple nord-américain décrit par Flaherty, *Protecting Privacy in Two Ways Electronic Services*, London, Mansell, 1985.

(29) A cet égard, le rapport du Comité belge de la distribution, *Vente par correspondance et télématique*, 1980, 2, 207 pages.

(30) Sur cette « légitimité » de l'autoréglementation professionnelle, C.D.V.A., *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985.

(31) Sur cette décision B. Dhaeyer, *Le droit européen des ententes et l'arrêt FEDETAB*, J.T., 1981, 265 et s.

(32) Sur cette décision et d'autres, G. Marengo, *Le traité C.E.E. interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence ?*, Cah. Dr. Eur., 1986, p. 300 et s.

(33) G. Marengo, *op. cit.*, 304. Comp : C.J.C.E., 17 janvier 1984, V.B.V.B., Aff. 43/82, Rec., 1984, p. 19 (Attendu 40) : « des pratiques législatives ou judiciaires nationales, à supposer même qu'elles soient communes à tous les États membres, ne sauraient s'imposer dans l'application des règles de concurrence du traité. Il en est ainsi, à plus forte raison, pour ce qui concerne des pratiques d'entreprises privées, même tolérées ou approuvées par l'autorité publique d'un État membre ».

(34) « *Odette* » est un réseau de transfert électronique de données conçu dans le secteur automobile permettant la circulation de données entre entreprises automobiles, distributeurs, fabricants de pièces détachées, douanes, etc ; « *Dish* » est un réseau de transfert électronique dans le secteur du transport maritime ; « *Édifice* » regroupe des entreprises du secteur de l'électronique ; CEFIC de la chimie. Il s'agit de projets développés dans le cadre du programme communautaire TEDIS (cf. *infra*, note 36).

(35) Il s'agit d'une coopération banques-entreprises dont le leader est la « Chase Manhattan Bank ».

— en matière de signature électronique, le projet *Télétrust*, rassemblant des banques, des instituts de recherche et des entreprises de divers secteurs.

Ces accords, encouragés par la Commission des Communautés européennes dans le cadre notamment de Tedis (36), concernent, en effet, souvent la *normalisation administrative*, nécessaire aux procédures automatisées de transmission de l'information : « Afin de faciliter et de développer la circulation des données, il est nécessaire que celles-ci soient compréhensibles par le plus grand nombre de personnes possibles. Aussi, pour éviter les erreurs d'interprétation qui pourraient compromettre la sûreté des opérations télématiques, il faut adopter des normes de présentation des "documents". Ceci consiste à déterminer, pour chaque type de document, les informations à mentionner, l'ordre dans lequel les placer, la façon de les indiquer, la façon d'identifier le document et de le transmettre. La solution au problème de la normalisation des données à transmettre par voie de télécommunication s'est avérée particulièrement importante en matière bancaire et financière (37) mais, dès maintenant, d'autres secteurs requièrent également une normalisation des données ; on pense au domaine des assurances, de la comptabilité, de la consommation ou du transport des marchandises. »

Cette normalisation administrative, outre qu'elle facilite les échanges, prétend résoudre certaines questions contractuelles, ainsi les questions de preuve, de signature et de sécurité et elle peut avoir un impact sur le partage des responsabilités (38).

(36) TEDIS, Transfert électronique de données à usage commercial utilisant les réseaux de communication. Proposition de règlement du Conseil, Com. (86) 662, final.

(37) Les messages transmis sur le réseau SWIFT, par exemple, doivent répondre à certaines règles : le réseau SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*) fournit aux banques un service de communication pour la transmission internationale de messages bancaires. « Tous les messages SWIFT doivent suivre une "trame" bien définie. Cette "trame" est en voie d'adoption par l'ISO (ISO 4217), en tant que standard pour les transactions entre banques. Chaque message est entouré de données obligatoires ou libres qui facilitent la compréhension du message. Par exemple, un message normal peut avoir douze "champs" dont quatre sont obligatoires. Les champs obligatoires concernent la référence à la transaction, la valeur de la transaction et l'identité des deux parties. Les autres champs portent sur des détails relatifs à la banque, les raisons du paiement, etc. Un maximum de 2 000 caractères est permis par message » (*The usage of International Data Network in Europe*, O.E.C.D., I.C.C.P., n° 2, Paris, 1979).

(38) A cet égard, par exemple, les règles de partage de responsabilité, établies par SWIFT ou les chambres de compensation et commentées par H. Lingl, *Risk Allocations in International Interbank E.F.T.*, 22 Harv. Int. L. Journal, 1981, 621-630.

La nécessité de *définir des normes de transmission* communes et de *proposer à différentes entreprises* d'un secteur, voire à toutes, des services de communication (service de courrier électronique, base de données partagées, etc.) expliquent le fait qu'en matière de services télématiques se multiplient la création de services communs à un secteur, parfois érigés en sociétés distinctes (coopératives, A.S.B.L., etc.) (39).

51. — Une analyse complète de la validité de tels accords sectoriels de normalisation au regard du droit européen de la concurrence serait longue et fastidieuse. Notons d'emblée que la Communauté européenne a soutenu, y compris financièrement, certains des accords repris ci-dessus. Cette simple constatation témoigne du fait qu'*a priori*, la Commission ne s'oppose pas à de tels accords, conformes à l'article 85, § 3. Nous nous contenterons de proposer quelques réflexions relatives aux seuls transferts électroniques de fonds grand public ; la mise sur pied de tels services exige, en effet, comme préalable l'adoption de normes communes à l'ensemble du secteur bancaire.

MM. Schauss et Thunis (40) notaient, en préambule à cet égard, que la normalisation technique et administrative au sein d'un secteur n'avait pas nécessairement d'effets concurrentiels, la normalisation permettant à un plus grand nombre d'acteurs d'adhérer aux systèmes électroniques mis en place et, aux utilisateurs, de disposer d'une gamme plus complète de services (41). Ils ajoutaient que l'importance d'investissements nécessaires à la mise sur pied d'un service justifiait des accords en vue d'un partage des coûts et d'économies d'échelle.

Ceci conduit à affirmer que bien souvent les accords pourraient être validés sur la base de l'article 85, § 3. Une telle affirmation en matière de TEF grand public s'appuie tant sur le précédent de la

(39) Ainsi, toujours pour rester dans le secteur bancaire, en Belgique, les créations de Bancontact et de Mistercash, les accords Trasec conclus au sein de l'Association belge des banques. Il est à noter que les promoteurs des accords cités plus haut (note 34) encouragent la création de ces filiales communes pour gérer de façon neutre les applications de courrier électronique. Il s'agit également d'identifier un responsable.

(40) M. Schauss, X. Thunis, *Aspects juridiques du paiement par carte*, Cahiers de recherches du CRID, Bruxelles, Story Scientia, 1988, n° 115 et s. ; cf. également le chapitre « Antitrust » écrit par C. Stuurman, in Y. Pouillet, G. Vandenberghe (Drs), *Telebanking - Teleshopping, Legal Aspects*, Kluwer, 1988.

(41) Ainsi, l'interopérabilité de réseaux de TEF grand public permet au consommateur d'utiliser sa carte dans un nombre bien plus important de points de vente.

décision *Eurochèque* (42) que sur les réponses de la Commission faites à différentes questions parlementaires (43).

MM. Schauss et Thunis proposent dès lors les conclusions suivantes, reprenant l'interprétation donnée par la Commission dans l'affaire *Eurochèque* aux quatre conditions de l'article 85, § 3 qui autorise l'exemption d'interdiction d'une entente :

— les systèmes TEF contribuent à améliorer les facilités de paiement à l'intérieur du Marché commun et favorisent donc le commerce entre États membres par une distribution des produits plus aisée ;

— les accords de coopération interbancaires peuvent stimuler le progrès technique (par exemple, des accords concernant la carte à mémoire ;

— le profit retiré par les utilisateurs doit être équitable selon les critères dégagés par la Commission. Ainsi, en cas de constitution d'un réseau européen interbancaire, les utilisateurs pourraient disposer de toutes les monnaies européennes en fonction de leurs besoins. Un tel réseau présente, en outre, des avantages accessoires, tel l'accès en permanence aux services et, par là, l'acquisition de biens en dehors des heures d'ouverture des agences bancaires et de certains commerces (exemple : les stations-services), la diminution des risques attachés au transport de fonds ou de chèques et, finalement, des services annexes comme l'aide à la tenue d'une comptabilité domestique ;

— les restrictions à la concurrence qui résulteraient d'accords TEF pourraient être considérées comme revêtant un caractère indispensable. L'organisation d'un réseau interbancaire est défendable étant donné le caractère impraticable d'une diversité de systèmes ;

— quant à un maintien d'une concurrence minimale, la Commission, à la suite des précédents rappelés, pourrait faire valoir que le simple fait que l'implantation de systèmes de TEF ne supprime pas le recours aux moyens classiques de paiement ne

suffit à les justifier et que s'impose le maintien pour chaque participant à l'accord interbancaire d'une publicité propre et l'obligation de fixer de façon autonome avec ses propres clients les tarifs du service.

De telles conclusions peuvent être utilement étendues à d'autres services que ceux de télébanking. Ainsi, les services de courrier spécialisé développés au sein de certains secteurs pourraient bénéficier des mêmes exemptions à condition, nous semble-t-il, d'être ouverts (43 *bis*), que chaque participant garde le principe d'une publicité propre et fixe librement, avec ses propres clients, les tarifs du service et des prestations complémentaires.

52. — Enfin, les entreprises du secteur ont ressenti la nécessité, face aux risques juridiques, commerciaux et financiers liés au développement de ces nouveaux services, de fédérer leurs efforts et ont constitué des associations (parfois concurrentes) (44) qui émettent des recommandations sous diverses formes à l'intention de leurs membres. Nous avons déjà fait allusion à ces instruments (*supra* titre I, sections II et III).

De telles recommandations (ou « codes de conduite ») prises par les organes de certaines associations, auxquels se soumettent les membres de l'association, constituent des « décisions d'associations d'entreprise », susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85, § 1 (45).

Ainsi, les accords pris au sein de ces associations ne peuvent avoir pour objet ou pour effet de privilégier les seuls nationaux (46), de réglementer

(42) Décision de la Commission des Communautés européennes, 10 décembre 1984 relative aux accords concernant les eurochèques uniformes, *J.O.C.E.*, 7 février 1985, L. 35/43. Le profit retiré par les utilisateurs apparaît, aux yeux de la Commission, équitable, dans la mesure où les porteurs de chèques disposent de toutes les monnaies européennes, qu'ils peuvent retirer de l'argent en fonction de leurs besoins sur place, qu'ils bénéficient d'un certain crédit, non assorti d'intérêts débiteurs et que le taux leur est plus avantageux.

(43) Cf. la communication faite par la Commission concernant la notification faite par l'Association Bancaria Italiana, notamment à propos de la Convention interbancaire Bancontact, *J.O.C.E.*, 8 octobre 1986, n° C 251/2 et les réponses faites à Mme Van Hemeldonck (*J.O.C.E.*, 2 décembre 1985, n° C 310/16) à propos des accords Bancontact-Mistercash et à M. Abelin [*J.O.C.E.*, 2 octobre 1985 (n° C. 251/10)] à propos des ententes entre banques françaises.

(43 *bis*) Le programme TEDIS insiste, à juste titre, sur la nécessité d'ouverture des réseaux de TED. A ce titre, il encourage l'adoption d'une normalisation européenne permettant l'interopérabilité des réseaux et « limitant les cas d'application des systèmes étanches et non communicants entre eux ». Même souci dans les travaux de l'UNCITRAL (Trade/W.P. 4/R 483) qui, comme TEDIS, prônent les normes EDIFACT (*Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport*).

(44) Ainsi, en matière de banques de données, se sont constituées deux associations européennes : EURIPA et EUSIDIC.

(45) Le fait que le code de conduite ou la recommandation ne soient pas rendus à strictement parler obligatoires aux membres, mais simplement conseillés, ne modifie pas la position de la Commission [cf. les arrêts *Frubo*, (25 juillet 1974) et *Anseau-Navewa* (17 décembre 1981)] ; à ce propos, P. Van Ommeslaghe, B. Van de Walle de Ghelcke, *Examen de Jurisprudence*, *Cah. Dr. Eur.*, 1984, 138 et s. et la nombreuse jurisprudence y citée.

(46) Cf., par exemple, les décisions « *Groupements des Papiers Peints de Belgique* » (*J.O.C.E.*, 26 novembre 1975, *Cah. Dr. Eur.*, 1976, p. 227, note L. Defalque) et « *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel* » (*C.J.C.E.*, 2 décembre 1977).

les tarifs vis-à-vis des distributeurs (47) ou d'utilisateurs. Certes, il restera aux associations à démontrer que leurs « codes de conduite » considérés comme « ententes » au sens de l'article 85 (1) bénéficient de l'exemption de l'article 85, § 3. Ainsi, par exemple, le « Downloading Code of Practice » d'Eusidic qui autorise, à des conditions tarifaires différentes, le télédéchargement partiel d'une base de données informationnelle, nous apparaît pouvoir bénéficier aisément de l'exemption (48). Il permet aux clients de développer des formes plus rentables d'utilisation des bases de données, en tenant compte des possibilités qu'offrent les micro-ordinateurs c'est-à-dire en promouvant le progrès technique.

B. — Les accords horizontaux de coopération ou de répartition du travail

53. — Dans le secteur des services de télécommunication, foisonnent les accords de coopération ou, l'inverse, de répartition des activités.

Les accords de coopération s'expliquent tant par le coût des investissements nécessaires à la mise sur pied d'un tel service que par la nature même de ces services qui se caractérisent par l'échange entre diverses entreprises d'information. Ces accords de coopération peuvent porter sur le partage des frais de recherche et de développement ou par la création de services communs. Ces accords peuvent amener à la création d'entreprises ayant une personnalité propre (49), souvent des filiales communes. Ainsi, plusieurs compagnies d'assurances peuvent mettre sur pied un service commun permettant un dialogue on-line entre elles-mêmes et certains courtiers locaux, notamment en vue de la conclusion de polices d'assurances à distance, la consultation des conditions et tarifs propres à chaque compagnie, etc.

(47) Cf. l'arrêt *Hedetab* (C.J.C.E., 29 octobre 1980, *Cah. Dr. Eur.*, 1982, p. 233, note Vajda). Rappelons qu'il suffit pour que l'article 85, § 1 puisse recevoir application que la concurrence soit entravée à l'un quelconque des échelons du commerce entre les producteurs et le consommateur ultime.

(48) Sur ce code, Y. Poulet, *Le Marché de l'information, Aspects contractuels*, Colloque C.C.I., 11-12 décembre 1986, C.C.I., 1988.

(49) Sur ces diverses formes, J.W. Goebel, D. Hofer-Frey, J. Scheller, *Rechtstatsachen beim Betriebe van Informations-systemen*, J. Schweitzer Verlag, 1983, p. 42 et s. Délibérement, nous n'avons pas approfondi la question des « concentrations », c'est-à-dire des regroupements d'entreprises, analysés par la Commission et la Cour soit comme une entente, soit comme constituant une position dominante (à cet égard, v. Van Ommeslidge, Van de Walle de Ghelcke, *chr. citée*, p. 131 et s.).

Le développement coordonné des investissements prévient la création d'entités non rentables, entraîne une diminution du prix de revient, l'optimisation de la dimension des unités et la répartition des charges ; il n'en pose pas moins, au regard du droit de la concurrence, les questions suivantes. Pour reprendre l'exemple des assurances, peut-on interdire à une compagnie, membre fondateur du service de courrier électronique et de télétransmission, de ne pas participer à d'autres systèmes concurrents mais au contraire de promouvoir celui créé ensemble ? Peut-on favoriser l'acceptation du nouveau système auprès des courtiers par des avantages ou ristournes accordés à chaque utilisation du système ? Enfin, peut-on interdire à des compagnies d'assurances d'entrer dans le système à la création duquel elles n'ont pas participé.

Au-delà de l'exemple choisi, étant donné le coût de la mise au point de ces systèmes et les avantages comparatifs qu'ils offrent par rapport aux autres entreprises du secteur, la tentation est grande, pour les entreprises qui s'allient pour mettre au point des services de télécommunication communs, que ce soit dans le secteur bancaire, des entreprises de voyages, etc., de restreindre le bénéfice de l'utilisation et de l'exploitation de ces systèmes. Le fait, qu'en outre, elles soient intéressées aux bénéfices de la filiale commune créée dans ce cadre, renforce cette volonté d'exclure les concurrents.

54. — Le règlement de la Commission du 26 juillet 1988 (50) sur l'application de l'article 85, § 3 du Traité à certaines catégories d'accords pris entre compagnies aériennes et relatifs à des systèmes informatisés de réservation de transports aériens concerne des accords de ce genre. En effet, certaines compagnies aériennes ont mis sur pied dans le cadre d'accords concurrents, des systèmes électroniques d'information et de réservation : Galileo, Travicom, Amadeus, etc. Ce règlement servira indubitablement de modèle pour la solution des questions soulevées par les accords de coopération.

L'article 1 précise les accords visés par l'exemption : il s'agit d'accords par lesquels des compagnies d'aviation, ayant mis sur pied un système de consultation et de réservation électronique, s'engagent à ne pas participer au développement de systèmes concurrents. En outre, de tels accords obligent celui qui commercialise le système auprès des agences de voyages, à réserver l'accès au système aux seules compagnies, parties à l'accord et aux agents agréés, interdisant, le cas échéant, la

(50) J.O.C.E. n° L. 239/13, 30 août 1988.

distribution du service de téléréservation par des agents qui distribueraient également des services concurrents.

55. — Les conditions de l'exemption sont définies comme suit :

— condition d'accès libre : tout transporteur aérien doit pouvoir devenir membre de l'accord sans discrimination possible (51) ;

— condition d'égalité : les services offerts par tout participant au système doivent pouvoir être identifiés clairement et chacun d'eux doit figurer sur un pied d'égalité (52) ;

— condition de neutralité : l'opérateur du système doit être neutre par rapport à chaque compagnie d'aviation participante ; ainsi, il doit veiller à ne pas introduire de discrimination dans la qualité et la mise à jour des informations venant de ces compagnies ; de même, il s'interdit tout traitement différencié entre ces compagnies en ce qui concerne le coût de leur participation ;

— condition de réciprocité : il pourra être dérogé aux trois conditions ci-dessus définies si et seulement si la compagnie d'aviation sollicitante participe déjà à un autre système de téléréservation qui n'entend pas offrir le même traitement aux membres du premier système qu'à ses propres membres ;

— condition de liberté de participation : les agents distributeurs qui utilisent le système doivent pouvoir rompre leur contrat et ne peuvent se voir offrir des avantages conditionnés par leur utilisation du service électronique ;

— condition de non-entente : il ne peut y avoir d'entente entre opérateurs de systèmes de téléréservation, qui pourrait avoir pour objet ou pour effet de fausser la concurrence.

A ces conditions déjà très strictes, s'ajoute la menace rappelée par la Commission d'un retrait de l'exemption au cas où celle-ci constaterait, nonobstant le respect des conditions ci-dessus reprises, soit des pratiques faussant le jeu de la concurrence, soit l'existence de position dominante sur ce marché. A cet égard, il est certain que la mise sur pied par ou au sein d'un groupe d'entreprises d'un

(51) L'article 3 du règlement s'exprime comme suit : « *The system vendor shall not require acceptance of supplementary obligations, which by their nature or according to commercial usages have no connection with participation in computer reservation systems* ». Le libellé est imprécis. Dans quelle mesure le sollicitant doit-il participer aux frais d'investissement, de mise au point et de commercialisation du système engagés sans lui ? Comment évaluer de tels frais ?

(52) Le respect de cette condition n'est pas toujours évident ; ainsi, la présentation simplement alphabétique des compagnies d'aviation dans le menu de consultation peut, à la limite, être considérée comme créant un avantage pour celles qui apparaissent les premières sur la liste.

service de télécommunication n'empêche pas les concurrents d'offrir, par les moyens classiques traditionnels, le même échange d'informations et que, dès lors, la Commission devra tenir compte des possibilités de substitution existantes entre les services offerts de façon classique et les mêmes services supportés par les nouvelles technologies.

56. — Si le règlement de la Commission permet de dégager les principes qui permettront de juger de la validité d'un accord de coopération, rien ne permet de deviner quelle sera la position communautaire en ce qui concerne les accords de répartition du marché. Ainsi, par exemple, dans le domaine des bases de données informationnelles, se sont développés de nombreux accords de répartition des activités. Ces accords ont même parfois été suscités par la législation de tel ou tel pays ; ainsi, la loi française a réparti les activités des différentes bases de données juridiques, tout en instaurant des mécanismes de coopération. Il s'explique aisément étant donné l'incertitude et la faiblesse de la demande face à ces produits de nouvelles technologies.

L'entente, objet de tels accords, peut concerner exceptionnellement la répartition géographique des marchés ; elle concerne le plus souvent le contenu même de l'activité des entreprises. Il s'agit pour les entreprises de ne pas développer de produits ou d'activités concurrentes.

Il est bien évident que les mêmes principes que ceux développés à propos des accords de coopération autoriseraient la Commission à valider de tels accords. La Commission prendrait en compte la nécessité des entreprises de pouvoir compter sur un marché potentiel, étant donné à la fois la concurrence des entreprises offrant les informations sur des supports traditionnels et l'importance des investissements liés à l'exploitation des « nouvelles technologies de l'information » (53).

C. — Les circuits de distribution : les accords verticaux

57. — L'organisation de la distribution, en particulier des produits et services nés des nouvelles technologies de l'information, peut soulever différents problèmes, au regard du droit de la concurrence notamment. Les points de vue du producteur et du distributeur sont à envisager distinctement.

(53) A cet égard, les attendus de l'arrêt *Sopelem* (21 décembre 1977). Cet arrêt justifiait l'entente *Sopelem-Rank*, ayant pour objet la répartition des marchés et le développement en commun de certains produits, notamment par le coût de leur développement et l'incertitude de la demande ; cf. sur d'autres arrêts, P. Van Ommeslaghe et B. Van de Walle de Ghelcke, *chr.* citée, p. 120 et s.

Premièrement, pour maximiser la rentabilité de son investissement le producteur et/ou le serveur principal peuvent par des clauses *ad hoc*, soit cloisonner le marché et réserver l'accès aux bases de données à un certain nombre de clients limités géographiquement, soit imposer aux distributeurs d'offrir une gamme de produits diversifiés à des prix fixés et de garantir une qualité minimale du service (54) soit exiger du distributeur de connaître le nom de ses clients et le détail de leurs interrogations afin d'adapter la qualité et le contenu du produit informationnel, soit enfin d'interdire aux distributeurs d'offrir des produits concurrents (55), chacune de ces possibilités n'excluant pas les autres.

Secondement, pour des raisons stratégiques ayant trait au contenu du produit informationnel, raisons qui sont parfois celles imposées par l'État, le producteur et/ou le serveur peuvent exiger que chaque client soit agréé par eux-mêmes ou par un organisme habilité à cette fin.

Dans le chef du distributeur cette fois, les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution sont réclamées pour garantir un marché suffisant, justifiant l'investissement que constitue la mise au point et la commercialisation d'un produit ou service dont la réussite commerciale est aléatoire.

58. — Une analyse complète des clauses dont les objectifs sont rappelés ci-dessus déborde nettement le propos de cette étude. Qu'il nous suffise de noter que les restrictions soulevées par des raisons d'ordre public (sécurité nationale, secrets d'État) soulèvent la question des limites susceptibles d'être imposées par l'ordre public international et national à la libre circulation des données (56) ; que les exigences mises par les producteurs de bases de données voire d'autres services télématiques à connaître, des distributeurs, le détail des interrogations de leur produit ou des utilisations de leurs services peuvent heurter le droit des clients à la confidentialité, droit fondé tantôt sur le néces-

saire respect de leur vie privée, tantôt sur le secret des affaires. (57).

La question centrale que nous souhaiterions aborder ici s'attache au conflit qui peut exister entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle, en particulier les droits d'auteur ou brevets qui peuvent s'attacher à la conception ou la mise au point du produit permettant la réalisation d'un service télématique (58). En effet, le cloisonnement des marchés, la distribution exclusive d'un service sont souvent justifiés par l'exercice des droits intellectuels qui permettent, au titulaire originaire, de restreindre et contrôler les circuits de distribution, au titulaire dérivé, de limiter la concurrence d'autrui.

59. — La solution à une telle question doit s'inspirer, nous semble-t-il, des enseignements dégagés par la doctrine (59) à propos de la compatibilité des accords de distribution exclusive en matière de logiciels, autre type de produit informationnel, avec le droit européen de la concurrence. Une analyse remarquable à ce sujet nous est proposée par M. Green (60) ; nous en reprendrons les conclusions en cherchant à les appliquer aux services télématiques. Il nous semble, en effet, que l'accord conférant l'exclusivité d'un service vidéo-texte de jeu ou de la distribution on-line d'une banque de données ne doit pas être traité de façon différente de celle dont est envisagée la validité d'un accord de concession d'un progiciel. La lecture de certains attendus de décisions européennes accrédite, en outre, ce rapprochement.

L'assertion suivant laquelle des accords de répartition des marchés, des accords d'interdiction pour des distributeurs de commercialiser des produits concurrents ou des accords fixant *a priori* les tarifs de ces services pour les utilisateurs finaux sont *a priori* contraires à l'article 85, § 1 et donc contraires au droit européen de la concurrence, doit être fortement nuancée.

(54) Ce qui supposera, par exemple, que le distributeur dispose d'équipements et de lignes d'accès suffisants garantissant ainsi une accessibilité à la base et des temps de réponse convenable.

(55) Sur les clauses, lire Y. Pouillet, *Le marché de l'information - les clauses de confidentialité*, Actes du colloque de la C.C.I., 11 et 12 décembre 1986, C.C.I. Paris, 1988 ; Sur le droit du producteur à connaître la clientèle de la banque de données non distribuée par lui, H. Mignot, *Les contrats producteurs-serveurs*, in *La télématique, Aspects techniques, juridiques et sociopolitiques*, Gand, *Story Scientia*, t. II, 1987, 61.

(56) A ce propos, P.V.V. van Grevenstein, *Les restrictions aux flux transfrontières de données d'entreprise*, *Droit de l'informatique*, 1986, n° 3, p. 186 et s.

(57) A ce propos, not. C. Millard, *Legal Protection of Computer Programs and Data*, Toronto/London, Sweet and Maxwell, 1985, en particulier le chapitre 7, sur les conflits entre les droits de « propriété » réclamés, d'une part, par les personnes dont les interrogations sont conservées et, d'autre part, par les personnes qui collectent de telles informations.

(58) L'application du droit d'auteur aux banques de données est discutée. Cf. à cet égard, S. Denis, Y. Pouillet, X. Thunis, *Banques de données. Quelle protection juridique ? Cahiers du CRID*, n° 2, 1988. Le récent Livre Vert de la Commission hésite à conclure en la matière.

(59) De façon générale, l'article de J.-S. Chard, *The Economics of the application of article 85 to selective Distribution Systems*, *Eur. Law. Rev.*, 1982, 83 et s. Plus spécifiquement, en matière de logiciels.

(60) N. Green, *European Antitrust Law : Implication for Product Distribution*, Actes de la conférence d'Amsterdam, 1-3 juin 1988, p. 31 et s.

Suivant M. Green, il existerait, « sur la base de licence de droits d'auteur, des principes généraux de droit de propriété intellectuelle, d'une part, et du droit de la concurrence, d'autre part, quatre possibilités qu'un droit de distribution exclusive ne soit pas soumis à l'article 85 » (61). Détaillons chacune des hypothèses.

60. — La première découle de l'arrêt *Nungesser* (62). Selon cet arrêt, certaines licences de distribution exclusive relatives à des produits de nouvelles technologies peuvent être validées dans la mesure où elles permettent au licencié de prendre le risque d'entrer dans l'accord. Ainsi, on conçoit qu'un distributeur d'une banque de données on-line exige, avant de se lancer dans les investissements nécessaires à la commercialisation de cette banque de données, d'être protégé contre des concurrents. La Commission admettra le point de vue du distributeur à quatre conditions :

Premièrement, la licence doit être « ouverte » en ce sens, que seul, celui qui donne en licence s'interdit des pratiques anticoncurrentielles par rapport à son licencié (pas d'octroi d'autres licences sur le même territoire), mais le donneur de licence ne peut interdire à d'autres licenciés, situés en dehors du territoire du licencié, des importations parallèles. Il est clair que l'abaissement des tarifs internationaux de télécommunication peut avoir à cet égard une importance décisive.

Deuxièmement, il doit bien s'agir d'une nouvelle technologie, définie comme le produit de moyens importants de recherche et développement.

Troisièmement, la finalité de l'accord doit bien être d'encourager la prise en charge du risque par le licencié de la distribution du produit nouveau. L'inexistence de risque, par exemple, dans le cas où le distributeur a déjà un quasi-monopole sur le marché, entraînera une condamnation par la Commission des clauses sus-indiquées (63).

Enfin, quatrième et dernière condition, la période de temps pendant laquelle une exclusivité est conférée doit être raisonnable, une période de cinq ans pour une première commercialisation étant jugée acceptable (64).

(61) N. Green, art. cité, p. 44.

(62) Aff. *Nungesser and Kurt Eisle c/Commission*, C.J.C.E., 1982, 2015.

(63) ... on note que ce sera souvent le cas en matière de services de télécommunication nécessitant des investissements lourds et objet d'un marché restreint.

(64) C'est, selon l'auteur (art. cité, p. 49), la pratique de la Commission.

61. — La deuxième hypothèse mise en évidence par M. Green est celle dégagée par le premier arrêt *Coditel*, déjà cité et relatif à la distribution de programmes audiovisuels (65). En l'hypothèse, le distributeur exclusif d'un film en Belgique se plaignait que, par le fait de la télédistribution en Belgique du film diffusé par une chaîne allemande, son droit exclusif était contourné. Il est certain que dans le prochain futur, de telles hypothèses ne seront pas rares en matière de services télématiques. En effet, l'accès aux réseaux de télécommunication étrangers, permettra non seulement aux utilisateurs d'accéder à un service télématique sans passer par le distributeur national, mais également aux distributeurs étrangers de commercialiser aisément le service dans des territoires pour lesquels ils n'ont pas reçu le droit exclusif de distribution.

Or, selon la doctrine de l'épuisement des droits rappelée maintes fois par la Commission (66), « celui qui donne en licence ne peut empêcher, au nom de ses droits de propriété intellectuelle, la libre circulation des biens et services, objet de propriété intellectuelle, une fois qu'il les a mis sur le marché ».

Ce principe rappelé, le premier arrêt *Coditel* introduit des nuances fondées sur l'intérêt légitime du titulaire du droit de propriété intellectuelle ou de ses ayants droit de pouvoir calculer le niveau réel ou probable des redevances. On soulignera, à cet égard, quelques attendus de la Cour :

« Dans ces conditions, le titulaire du droit d'auteur d'un film et ses ayants droit ont un intérêt légitime à calculer les redevances dues pour l'autorisation de représenter le film en fonction du nombre réel ou probable des représentations et à

(65) *Coditel*, Aff. 62/79, 18 mars 1980, *Rec.* 1980, 881.

(66) A cet égard, les longs développements consacrés par le récent Livre Vert à la doctrine de l'épuisement « « Exhaustion Doctrine », *Green Paper on Copyright and the challenge of Technology*, Communication from the Commission, Com (88) 172 final, p. 148 et s. Cf. sur cette doctrine, l'attendu du premier arrêt en la matière prononcé en matière de brevets (*Centrafarm c/Sterling Drug*, Aff. 15/74, 31 octobre 1974, *Rec.* 1974, p. 1147 ; pour la discussion de cet arrêt et d'autres in *Lamy droit de l'informatique* 1988, n° 2143) : « Un obstacle à la libre circulation des marchandises peut résulter de l'existence, dans une législation nationale en matière de propriété industrielle et commerciale, de dispositions prévoyant que le droit du titulaire du brevet n'est pas épuisé par la commercialisation dans un autre État membre du produit protégé par le brevet, de sorte que le titulaire peut s'opposer à l'importation dans son propre État du produit commercialisé dans un autre État. (...) L'exercice par le titulaire d'un brevet, du droit que lui confère la législation d'un État membre d'interdire la commercialisation dans cet État d'un produit protégé par le brevet et mis dans le commerce dans un autre État membre par ce titulaire ou avec son consentement, serait incompatible avec les règles du Traité C.E.E. relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du Marché commun. »

après examen de cas (74) la non-application de l'article 85, § 1 (1^{re}, 3^e et 4^e hypothèses), voire à défaut, l'application de l'article 85, § 3 et permettront des restrictions à la libre prestation de services (2^e hypothèse).

III — Les relations avec les utilisateurs

65. — L'introduction mentionnait trois questions :

— l'offre de services s'accompagne souvent de la *nécessité contractuelle d'acquiescer certains programmes ou équipements compatibles* avec ceux de l'opérateur. N'y-a-t-il pas là « offre liée », conséquence d'un abus de position dominante condamné par l'article 86 du Traité de Rome ?

— dans les contrats de télétraitement ou d'accès à des bases de données, certaines clauses des contrats utilisateurs restreignent les possibilités d'utilisation ou prévoient des tarifs différents suivant le type d'utilisation faite par le client. Ne s'agit-il pas de restrictions d'utilisation incompatibles avec le Traité de Rome ?

— enfin, l'applicabilité de la directive de la Commission sur la *responsabilité du fait des produits* est discutée.

A. — Les offres liées

66. — La situation visée est la suivante : l'utilisation d'un service de télécommunication est liée à l'achat ou la location d'un équipement spécifique dont, en outre, le serveur assumera la maintenance (75).

Une telle pratique se justifie souvent pour des raisons de compatibilité d'équipement comme indiqué *supra* : la même pratique a existé en matière d'équipements informatiques où l'acquisition de certains logiciels était liée à l'acquisition de matériels. En cette matière, on sait que des décisions américaines ont condamné sévèrement les offres liées au nom du principe de la concurrence et ont consacré le principe de l'« unbundling ».

(74) Il est certain que le jugement de la Commission et de la Cour variera suivant le produit en cause. Ainsi, l'octroi de l'exclusivité dans le transfert du « know how » relatif à un système de TEF se conçoit facilement. Il n'en sera peut-être pas de même pour un service télématique grand public de renseignements.

(75) A noter ce passage du programme TEDIS [COM (86) 662, final] : « Les systèmes de transferts électroniques de données commerciales actuellement opérationnels sont en grande majorité des systèmes étanches, accessibles à des utilisateurs appartenant à un groupe ou à un secteur économique déterminé. Certains utilisateurs sont entièrement dépendants de certains constructeurs qui ont imposé des matériels et des logiciels qui leur sont propres et non compatibles avec des produits d'autres fournisseurs. »

La référence au précédent justifie donc quelques réflexions : l'article 86 du Traité de Rome relatif à l'abus de position dominante prévoit la condamnation de pratiques pouvant notamment :

« (...) d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

L'application de l'article 86 suppose une position dominante définie comme suit par la Cour (76) : « Une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. »

67. — En matière de services télématiques, la Cour appréciera dans quelle mesure une entreprise ne subit pas de manière notable les effets de la concurrence. Ainsi, en matière de bases de données, la Cour s'interrogera, par exemple, sur la spécificité du marché propre aux bases de données desservies, et non sur l'ensemble du marché des bases de données (77), de la gamme des bases de données offertes par un seul serveur (78), de la qualité intrinsèquement ou subjectivement supérieure d'une base de données (79).

Des réflexions semblables pourraient être développées à propos des services de courrier électronique nécessitant l'utilisation de tels programmes de conversion ou de telles normes propres au réseau.

Ensuite, l'application de l'article 86 suppose que la prestation jumelée ne soit pas, par sa nature, liée à la prestation principale (80). L'évaluation de cette

(76) C.J.C.E., 14 février 1978, *ABG Entrep. Pétrolières*, reprise et analysée in Van Ommeslaghe, Van de Walle de Ghelcke, *chr.* citée, p. 449 et s.

(77) En matière de bases de données, le marché des bases de données scientifiques est un autre marché que celui des bases de données économiques et, sans doute, des subdivisions seraient à faire à l'intérieur même de ces deux secteurs.

(78) Cf. par comparaison, l'affaire *United Brands, J.T.*, 1979, p. 91, n° 4, (note Orianne-Delahaut) où la spécificité du marché de la banane par rapport à celui d'autres fruits a été mise en exergue.

(79) Comp. l'affaire *Hoffman-La Roche* où la Commission avait retenu ce critère (décision 9 juin 1976) rejeté par la suite par la Cour (arrêt du 13 février 1979, *Rec.* 1979, p. 550 et s. avec les conclusions du P.G. Reischl).

(80) Du fait de sa convivialité, de son exhaustivité, ou d'avantages dus à une technologie de programmation plus avancée (Comp. l'affaire *Hoffman-La Roche* déjà citée).

n'autoriser une émission télévisée du film susceptible d'être captée par un grand public qu'après une certaine période (...) » ;

« Si l'article 59 du *Traité interdit les restrictions à la libre prestation de services*, il ne vise pas, par là, les limites à l'exercice de certaines activités économiques qui proviennent de l'application des législations nationales sur la protection de la propriété intellectuelle, sauf si une telle application constitue un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans les relations économiques (...) » ;

« Il en résulte que, si le droit d'auteur comporte le droit d'exiger des redevances pour toute représentation, les règles du *Traité* ne sauraient, en principe, faire obstacle aux limites géographiques dont les parties aux contrats de cession sont convenues pour protéger l'auteur et ses ayants droit à cet égard. »

Comme le note M. Vivant (67) : « il paraît logique d'appliquer la jurisprudence *Coditel* aux banques de données (68), c'est-à-dire qu'alors, il faut admettre que le titulaire des droits sur la banque puisse organiser la protection territoriale de ces droits par voie contractuelle et légitimement s'opposer à une atteinte portée à son monopole en violation des contrats passés ».

62. — Le second arrêt *Coditel* (69) autorise une troisième exception qui, comme la première, rejoint le point de vue des distributeurs. Le principe défendu par la Commission se résume comme suit : « le régime de concurrence efficace, qu'implique l'article 85, admet que la nature et l'intensité de la concurrence peuvent varier en fonction des produits ou des services en cause (70) et de la structure économique des marchés considérés (71) ». En d'autres termes, même une clause d'exclusivité peut échapper à la sanction de l'article 85, § 1 si la Commission ou la Cour de justice estime, étant donné les caractéristiques d'un marché, que des restrictions ne sont pas à craindre. Dans de telles hypothèses, non rares en matière de services télématiques pour lesquels on

imagine mal une pluralité de services étant donné tant l'étroitesse d'un marché ou la spécificité d'un sujet (par exemple, il n'existe souvent qu'une seule banque de données brutes des bilans d'entreprises ou qu'un système de téléréservation pour les voyages ferroviaires), la Commission ou la Cour peuvent conclure à l'inapplicabilité de l'article 85.

63. — Enfin, M. Green dégage de l'arrêt *Erau* (72) autant que de l'arrêt *Pronuptia* (73) une quatrième exception, au bénéfice cette fois de celui qui donne en licence. De même que le franchiseur, dans l'arrêt *Pronuptia*, le donneur de licence dans le cas qui nous occupe, doit pouvoir communiquer aux franchisés (ayants droit*) son savoir-faire et leur apporter l'assistance voulue pour les mettre en mesure d'appliquer ses méthodes, sans risquer que ce savoir-faire et cette assistance profitent, ne serait-ce qu'indirectement, à ses concurrents. Il en résulte que les clauses qui sont indispensables pour prévenir ce risque ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, § 1.

Ainsi, on pourrait concevoir que le transfert du « know how » nécessaire à la distribution d'un service télématique (par exemple, communication des codes sources des programmes, formation du distributeur, mise à disposition d'un équipement suffisant permettant un dialogue rapide et convivial) justifie l'imposition de conditions qualitatives et quantitatives lors du choix des distributeurs. On pourrait justifier par la nécessité d'une bonne connaissance du marché face à un « produit » nouveau l'exigence du producteur de connaître les données relatives aux interrogations des clients de ses distributeurs. On peut même estimer que la clause excluant la mise à disposition par le distributeur de produits concurrents puisse se justifier pour un type de produit que le serveur se doit de bien connaître pour pouvoir le promouvoir.

64. — En conclusion, nombre d'accords de distribution exclusive et nombre de clauses restreignant la concurrence trouveront grâce aux yeux du censeur européen. Nonobstant de telles clauses, la nouveauté du produit, l'incertitude et l'étroitesse de son marché, l'importance des frais à consentir pour son implantation et la nécessité d'un transfert important de « know how », justifieront souvent

(67) M. Vivant, in *Lamy droit de l'informatique* 1988, n° 2151.

(68) ... et aux autres services télématiques protégés par un droit de propriété intellectuelle (ainsi un service de téléjeu).

(69) *Coditel v. Ciné Vog*, Aff. 262/81, *Rec.* 1982, 3381.

(70) A propos de la presse, la prise en considération de la nature spécifique du produit a amené la Cour à examiner l'applicabilité de l'article 85, § 3, nonobstant l'intervention de critères quantitatifs quant au nombre des revendeurs, *Aff. Binon*, C.J.C.E. 3 juillet 1985, *Cah. Dr. Eur.*, p. 325 et s. ; note S. Petropoulos. On imagine aisément l'application de ce précédent à des services dits de presse électronique.

(71) Cf. dans un autre domaine, l'affaire *Métro*, 25 octobre 1977, *Cah. Dr. Eur.*, 1978, 440, note Feignani.

(*) Nous ajoutons (NdIr).

(72) *Erau Jacquery c/S.C. La Hesbignonne*, 19 avril 1988, non encore publié. Cette décision concerne la licence pour des engrais particuliers.

(73) *Pronuptia*, Aff. 161/84, *Rec.* 1986, 353 ; cf. également, en matière de franchise dans le secteur de produits informatiques, la décision *Computerland*, déc. de la Commission du 13 juillet 1987, *J.O.C.E.*, IV, 32.034 (repris in *Lamy droit de l'informatique* 1988, n° 69).

condition devra tenir compte de l'état de la technologie. Ainsi, en matière de télécommunication, l'absence de normes internationales (81) relatives aux couches « application » peut justifier que l'accès à un service de courrier électronique soit lié à l'utilisation de certains programmes.

Par exemple, la nécessité de « cryptographier les messages suppose que l'utilisateur d'un service de télébanking équipe son ordinateur de programmes permettant le chiffrement ». Lorsque ce programme est fourni par le serveur lui-même, peut-on estimer que la prestation jumelée est, par sa nature, liée à la prestation principale ?

C'est à la Cour d'apprécier dans quelle mesure une entreprise « cherche à accroître ou à étendre, par le biais de ces offres liées, son pouvoir sur le marché » (82). L'obligation d'acquérir un équipement complémentaire non compatible à l'utilisation de certains services offerts par les concurrents peut être une manière de rendre le marché captif.

B. — Les restrictions à l'utilisation du produit

68. — Les contrats utilisateurs relatifs à des services de télétraitement ou d'accès à des bases de données contiennent parfois des clauses dites de restrictions d'utilisation, limitant, par exemple, la reproduction des résultats d'une interrogation à un certain nombre d'exemplaires. Plus récemment, certains producteurs, en particulier américains, ont, dans le cadre de « Downloading Policies », développé le principe d'une tarification modulaire suivant les types d'utilisation. Ainsi, ils ont prévu des tarifs majorés pour une entreprise « multi users », c'est-à-dire disposant de différents terminaux pouvant chacun interroger la base de données ou utiliser le software du serveur ; de même, l'autorisation du téléchargement (ou downloading) permettant de vider partiellement une base de données et de la gérer, voire de l'enrichir sur une configuration propre au client entraîne le paiement de charges supplémentaires.

(81) Les obstacles essentiels à la mise en place de systèmes opérationnels de TED commerciales résidaient dans des problèmes à caractère transversal, et notamment :

- l'insuffisance de la normalisation ;
- les incompatibilités de protocoles ;
- les incompatibilités entre matériels et logiciels ;
- etc. (Programme TEDIS, p. 14).

A cet égard, la volonté rappelée plus haut (section II, point A, note 10 bis) de la Commission et des Nations unies de promouvoir l'utilisation des normes OSI et l'adoption des normes EDI-FACT.

(82) J. Megret, *Le droit de la C.E.E.*, vol. 4, concurrence U.L.B., 1972, p. 72 et les références.

Pour justifier cette différenciation des tarifs pratiqués envers l'utilisateur final, les producteurs s'appuient sur le droit de destination, attribut du droit d'auteur. Le droit de destination permet à l'auteur de calculer les redevances payables en fonction des potentialités d'utilisation de l'œuvre par le client final, que celui-ci ait ou n'ait pas de relation contractuelle avec lui (83).

69. — Au regard du droit européen, une telle pratique pourrait-elle être interdite sur la base de l'article 86 du Traité de Rome ? L'auteur, jouissant d'un monopole de commercialisation de son œuvre (84), n'abuse-t-il pas de son monopole, en créant des conditions d'utilisation discriminatoires ?

Tel pourrait être le cas. Rappelons le principe établi par l'arrêt *United Brands* (85) : « le fait pour une entreprise en position dominante d'imposer de façon directe ou indirecte des prix non équitables constitue une pratique abusive condamnable au sens de l'article 86 du Traité ». La Cour ajoute que, pour déterminer le caractère équitable ou non discriminant du prix, il faut rechercher si un prix a été pratiqué sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie.

Or, dans les cas analysés, précisément, il apparaît que, pour l'utilisateur final, la valeur économique de la prestation sera différente suivant le type d'utilisation qu'il en fait. Ainsi, il est objectivement raisonnable de demander à une entreprise disposant de cinquante terminaux connectés on-line à une base de données de payer un tarif d'abonnement plus important que celui réclamé à l'entreprise mono-utilisatrice ; de même, il n'est pas discriminant de réclamer à celui qui entend vouloir procéder à un téléchargement le paiement d'un tarif supérieur.

Ces réflexions permettent de légitimer les principes même du « Downloading Code of Practice »

(83) ... du moins dans certains pays européens. Pour une discussion de ce principe, cf. nos remarques in *Les clauses de confidentialité*, art. cité, nos 44 et s. et les références à la doctrine américaine du « First Sale ».

(84) Sur le problème du conflit qui peut exister entre l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui ne ressortent pas de la compétence des communautés suivant l'article 36 du Traité et les règles de concurrence, l'abondante jurisprudence citée par Van Ommeslaghe - Van de Walle de Ghelcke, *chr.* citée, p. 233 et s. et la discussion de l'arrêt *Coditel in Lamy droit de l'informatique* 1988, nos 2142 et s., spec. nos 2150 et 2151. On notera que, même sans droit d'auteur, le producteur jouira souvent d'une position dominante. En effet, sur ces marchés nouveaux, les produits substituables sont rares : ainsi, il n'existe pas souvent plusieurs softwares ou plusieurs bases de données permettant d'offrir au client le même service ou des services comparables.

(85) C.J.C.E. 14 février 1978, *J.T.*, 1979, p. 91, obs. Orianne et Delahaut.

établi par EUSIDIC et distinguant *a priori* différents tarifs applicables par classes d'utilisateur, le profit économique retiré de l'accès à une base de données étant précisément différent suivant les types d'utilisation.

C. — Applicabilité aux services télématiques de la directive du Conseil du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits

70. — En cas de pannes, d'interruptions, de mauvaises transmissions, de fraudes, survenant dans la réalisation d'une opération de télécommunication, en cas de contenu d'un service soit incorrect, soit contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, le droit est appelé à intervenir pour déterminer la responsabilité des acteurs et pour organiser le recours de l'utilisateur. L'utilisateur d'un service de télécommunication dispose d'un recours auprès du responsable, encore faut-il qu'il l'identifie et que, selon le droit commun, il prouve le dommage, la faute et le lien de causalité.

La variété des hypothèses de responsabilité, suite à des opérations télématiques, est large : il s'agira tantôt d'une information incorrecte dans une banque de données boursières qui entraînera la vente inopportune d'actions ; tantôt dans le cadre d'un service de téléachat, d'une publicité mensongère qui amènera un consommateur à acquérir des biens non adéquats ; tantôt par suite de l'erreur d'un programme, dans le cadre d'un service de transfert électronique de fonds, un tiers bénéficiaire non autorisé se trouve crédité d'une somme qui ne lui est pas due. Le mauvais diagnostic médical donné à distance peut avoir des conséquences néfastes sur la santé d'une personne et une téléréservation faite erronément peut être source d'ennuis. Enfin, le non-fonctionnement d'un service de téléalarme peut faciliter la tâche des cambrioleurs.

L'utilisation de nouvelles technologies, caractérisées tant par leur complexité que souvent par l'absence de trace de l'intervention réalisée à chaque étape du processus de réalisation de l'opération, rend difficile l'établissement de la faute d'un quelconque acteur. Le nombre élevé d'intervenants dans la réalisation d'un service télématique ajoute à cette première difficulté : celle d'identifier l'acteur responsable, c'est-à-dire l'acteur qui a fait preuve de négligence (86). L'établissement du dommage réparable, c'est-à-dire en relation causale avec la faute, est également délicat, comme l'ont montré

(86) ... qui en définitive peut même être un tiers à l'opération, dans la mesure où il peut s'agir par exemple du fournisseur du logiciel permettant le fonctionnement du téléservice.

de précédentes réflexions doctrinales en matière de transferts électroniques de fonds (87).

71. — Cette constatation relative à la difficulté de déclencher l'action en responsabilité selon le droit commun rejoint celle faite en matière de produits de consommation et qui est à la base de la directive européenne relative à la responsabilité du fait des produits (88). La multiplicité d'intervenants dans les circuits de distribution et la difficulté de déterminer en quoi consiste la faute dans la mise au point d'un produit ont conduit les autorités communautaires à définir des règles de protection des consommateurs, ayant pour objet à la fois de déterminer le responsable et de mettre à sa charge même sans faute, certains dommages subis par le consommateur (89).

Des réflexions doctrinales convaincantes ont, à des degrés divers (90), prôné l'application de la directive aux logiciels. A supposer leurs raisonnements fondés, ne faut-il pas, dès lors, élargir encore le champ d'application de la directive à l'étendre aux services télématiques ? Notre propos est de montrer qu'une telle extension, si elle peut se justifier pour certains services, peut difficilement s'appliquer à tous.

L'application de la directive suppose trois conditions :

- l'existence d'un produit « de fabrication industrielle » ;
- un défaut affectant ce produit ;
- un défaut occasionnant certains dommages à la santé ou aux biens du consommateur.

(87) A propos de la difficulté de déterminer le dommage en matière de services télématiques financiers, lire B. Am X. Thunis, *Dématérialisation, authentification et responsabilité* in *Les transactions internationales assistées par ordinateur*, M. Vivant, Litec, 1988, 93 et s.

(88) J.O.C.E., 7 août 1985, n° L. 210/29.

(89) Pour les commentaires sur cette directive, lire e autres J. Ghestin, *La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, D. 1985 chr. 132 et s. ; du même auteur, *La directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits défectueux et son introduction en droit français*, Coll. C.D.C., n° 14, Bruxelles, S. Scientia, 1988, p. 36 et s. H. Taschner, *Produkthaftung*, Vö C.H. Beck, München, 1986.

(90) A propos de cette question, notamment, C. Reed, *Product Liability for Software*, *Computer Law and Practice*, 1988 n° 15, p. 149-151 ; C. Stuurman, *Product Liability for Software in Europe*, in *Advanced Topics of Law and I.T.*, G. Vandenberghe, Kluwer, 1988, à paraître, G. Vandenberghe, *Software bugs : a matter of Life and Liability - Computer Software and European Directive on Product Liability : The First General Question*, in *Distribution, Access and Communications*, C. Amsterdam, 1-3 juin, 1988. Les nuances entre ces différents auteurs sont importantes. En particulier, l'article de C. Stuurman démontre les limites importantes qu'une analyse des conditions d'application de la directive impose à l'applicabilité de la directive au domaine des logiciels.

a) *L'existence d'un produit de « fabrication industrielle »*

72. — Ayant défendu que la réalisation d'un service de télécommunication n'était possible que grâce à l'existence d'un produit informationnel, tel un logiciel ou une base de données (91), nous estimons qu'*a priori* on ne peut exclure la responsabilité du fait des produits lors d'opérations qui, en réalité, représentent un mode d'exploitation de ces produits. Il est clair que, dans la plupart des hypothèses, ce n'est pas du fait de la transmission mais bien *du fait du produit informationnel* lui-même (erreur de programmation, mauvaise qualité du contenu, etc.).

Certes, dira-t-on, l'essence du service télématique se caractérise par l'utilisation à distance d'un produit informationnel et non par l'utilisation directe d'un objet tangible, comme dans les hypothèses visées par les auteurs de la directive. Mais, comme le remarque à juste titre M. Stuurman (92), faut-il, si l'on admet en matière de logiciels la responsabilité du fait des produits, différencier les régimes suivant que le même logiciel est utilisé sur un support physique acquis ou, au contraire, à distance ? Dans le premier cas, l'application de la directive serait indiscutable, dans le second, exclue. Une telle distinction serait absurde (93).

73. — Que le service télématique, du fait de la défectuosité du produit informationnel qui en est le support, puisse se voir appliquer la responsabilité du fait des produits suppose, selon le préambule de la Directive (94), qu'il s'agit d'un « bien mobilier faisant l'objet d'une production industrielle ». L'application de cette condition sera rarement remplie au sens strict. Il est bien évident que les logiciels et les banques de données, qui permettent la réalisation de services télématiques, ne sont pas des produits de masse. Au contraire, leur exploitation par télécommunication justifiaient précisément leur non-reproduction.

(91) Cf. *supra*, section II de la première partie (titre I) in *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, octobre 1988, (G), p. 6.

(92) C. Stuurman, art. cité, n° 3.2.2. *in fine*.

(93) C. Stuurman, art. cité *eod. loco* : « *Simply, avoiding the effects of the Directive by choosing another form of distribution does not seem to be in accordance with the intentions as laid down in the Directive. Clearly, this approach does not lead to very consistent results and should be rejected* ».

(94) Ceci justifie l'exclusion de l'application aux « customized software ». Même réflexion aux États-Unis, cf. Scott M., *Computer Law*, p. 7 à 12, *hall D.A., Strict Liability and computer software, caveat vendor, computer/law Journal*, 1983, 391 (cet auteur exige une production de masse, avec distribution de masse et méthode de vente grand public).

Une telle constatation suffit-elle à exclure les services de télécommunication du champ de la Directive. Oui, si l'interprétation de la Directive se doit d'être, au regard de la lettre de son préambule, interprétée restrictivement. Non, si on considère que la finalité de la Directive est de protéger le consommateur dans l'utilisation de tout produit *largement diffusé dans le public*. A retenir cette seconde interprétation, on estimera que les produits permettant la réalisation d'opérations, objets de services télématiques grand public, peuvent être couverts par la Directive. Ainsi, dans les hypothèses citées en exergue de notre analyse, un système de TEF grand public, une banque de données accessible par videotex pourraient se voir appliquer par interprétation extensive la Directive de 1985, dans la mesure où les deux autres conditions analysées maintenant sont remplies.

b) *Un produit présentant un défaut*

74. — L'article 6 de la Directive définit le produit défectueux comme celui qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu des circonstances... En matière de produit informationnel, le défaut signifierait, suivant les auteurs, l'erreur de programmation ou celle de contenu.

Il est bien évident que la publicité faite autour de la sécurité plus grande offerte par les télétransactions plutôt que par les opérations basées sur le support papier fondera souvent une argumentation à l'appui de l'application de l'article 6. A l'inverse cependant, les opérateurs de tel service plaideront sur la base des instructions écrites ou apparaissant à l'écran mettant en garde le consommateur contre l'utilisation sans précaution soit du service lui-même, soit du résultat obtenu par l'utilisation de celui-ci.

c) *Les dommages couverts par la Directive*

75. — La Directive couvre les dommages nés directement (95) ou indirectement (96) d'un défaut du produit. L'article 9 précise qu'il s'agit des dommages causés aux personnes ou à une chose autre que le produit défectueux. Il exclut en son alinéa 2, le pur dommage économique et financier.

En matière de services télématiques, c'est bien souvent ce dernier type de dommages qui sera présent, ainsi en matière de systèmes de transfert électronique de fonds ou de banques de données

(95) Ainsi, dans l'hypothèse d'une télétransaction opérée à propos d'un bien ou d'un service non désiré suite à une erreur de programme.

(96) Ainsi, le cas du vol domestique indirectement facilité par le non-fonctionnement d'un système de téléalarme.

économiques et financières. Certes, les dommages causés par des erreurs affectant certains services de télédiagnostic médical pourraient être couverts par la Directive, de même que ceux nés du non-fonctionnement d'un système de téléalarme mais, en définitive, les hypothèses sont rares.

En conclusion, s'il semble bien que rien n'exclut en soi l'application de la directive dans le secteur des services télématiques, l'analyse des conditions d'application de la Directive en restreint considérablement la portée.

76. — Notre propos débutait par le rapprochement des caractéristiques, d'une part, de la situation à la base du prononcé de la Directive et, d'autre part, de celle propre à l'utilisateur de services télématiques : les difficultés d'identifier le responsable, de démontrer la faute et d'établir le dommage justifient l'adoption de principes identiques dans les deux cas, principes déjà prônés par certaines organisations internationales en matière de services télématiques financiers internationaux (97) et qui seraient utilement étendus à d'autres services télématiques.

En particulier, ces travaux préconisent la responsabilité envers l'utilisateur de celui qui offre le service (en clair, la banque qui offre le service de TEF) pour l'ensemble de l'opération, peu importe que la réalisation de l'opération se soit faite par des tiers et que la faute de ceux-ci puisse être établie. Une telle solution permettra à l'utilisateur d'identifier rapidement le responsable sans devoir subir les aléas de l'indétermination de la cause du dommage.

Ensuite, s'inspirant de la recommandation n° R 81-20 du Conseil de l'Europe relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques (98), pourrait être exigé de chaque opérateur désirant offrir des services de télécommunication que le système permettant la réalisation de ces services présente un niveau de sécurité suffisant pour assurer la fiabilité de transmission des messages.

(97) En ce sens, le commentaire de la recommandation n° 4 du projet de résolution du Comité de droit monétaire concernant le moment de l'exécution d'une dette d'argent et les réflexions de l'UNCITRAL, *Draft Legal Guide on Electronic Fund Transfers*, 30 April 1985, A/C.N. 9/266/Add. 1.

(98) ... adoptée par le Conseil des ministres le 11 septembre 1981. Cette recommandation devrait être adaptée en tenant compte des possibilités offertes par la téléinformatique ; cf. à cet égard, les règles plus actuelles contenues dans le Code de conduite C.C.I. adopté le 22 septembre 1987 « *for interchange of Trade Data By Teletransmission (UNCID)* ».

Pour reprendre le libellé de la Directive, un système de transmission électronique serait réputé défectueux « lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle l'utilisateur peut légitimement s'attendre ». Une normalisation et un contrôle préventif du respect de ces normes pourraient aider à la définition de ce niveau de sécurité acceptable.

En plus de ces principes, devrait être envisagée l'application de certains principes déjà contenus dans la directive et relatifs à la protection des utilisateurs en général, ainsi la responsabilité solidaire de tous les responsables d'un même dommage, l'interdiction d'écarter l'application de la directive par des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité...

Conclusions

Le droit communautaire des contrats télématiques est un droit naissant aux contours encore peu définis. Il semble cependant que certaines tendances permettent d'en caractériser la politique dont il est l'instrument.

Approche volontariste : la Communauté européenne se montre indiscutablement favorable à l'éclosion des services nés des nouvelles technologies de l'information. Qu'il suffise de citer, à cet égard, les nombreux programmes de recherche développement (COST, STAR, RACE, AIM, TEDIS, etc.) qui se caractérisent par la volonté d'aider à la conception, la mise sur pied et l'utilisation de services nés des nouvelles technologies de l'information.

Approche ouverte : dans ses actions, la Communauté privilégie le développement de systèmes de transferts électroniques de données ouverts, c'est-à-dire à la fois interoperables et non cloisonnés. Elle incite à l'adoption de normes transparentes et internationales, fondées sur le modèle OSI.

Cette approche « ouverte » est la meilleure garantie pour lutter contre toute approche monopolistique et favoriser, par l'adoption de standards communs, la concurrence des serveurs auprès des utilisateurs. On souligne les dangers naturels d'hétérogénéité et, dès lors, de cloisonnement des marchés que présente le développement des nouvelles technologies. Le droit de la concurrence européen, s'il veut réussir dans ce secteur, passe par la nécessité de consacrer, la contradiction n'est qu'apparente, des accords sectoriels voire intersectoriels sur des normes techniques communes.

Approche pragmatique : la mise sur pied de ces nouveaux services, dans la mesure où elle nécessite de lourds investissements, oblige la Commission à admettre quelques restrictions à la concurrence. Que ce soit en matière d'aides étatiques ou d'organisation de la distribution, les restrictions à la concurrence strictement nécessaires à assurer la rentabilité des produits nouveaux sont acceptées. De même, la Commission favorise les investissements communs et les coopérations qui permettront aux entreprises de coordonner leurs efforts de R/D nécessaires à la mise sur pied de tels services.

Approche communautaire : la Commission, non seulement en tendant de réduire les écarts réglementaires, mais également en faisant jouer à plein l'article 59 du Traité sur la libre prestation des services, vise à développer des services réellement européens. Il s'agit ici de lutter, à la fois contre la volonté de certains États de protéger ou

favoriser leur industries, à la fois contre la volonté des entreprises cherchant à maximiser leurs profits par le cloisonnement des marchés.

Approche « utilisateur » : la Commission semble s'être encore peu penchée sur la question, si ce n'est à travers des actions très spécifiques comme l'adoption par la Commission le 8 décembre 1987 d'un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique (*J.O.C.E.* 24 décembre 1987, n° L. 365/72). Il nous semble qu'une action communautaire plus générale et plus appuyée accrédirait aux yeux du public l'image de fiabilité, de sécurité et de confidentialité des services télématiques et participerait ainsi à leur développement.

Yves POULLET,

*Professeur à la Faculté de Droit de Namur,
Directeur du Centre de Recherches Informatique
et Droit des Facultés de Namur.*